



000163  
CINCO SOBRES y 200

Santiago, catorce de enero de dos mil veinte.

**VISTOS:**

Con fecha 7 de junio de 2019, Luis Humberto Podestá Carmona ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5, N° 3, y 135, inciso primero, del Código de Justicia Militar; y 78, frase primera, 110, 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal, en la causa Rol N° 575-2014, instruida por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Corte Marcial, señorita Romy Rutherford Parentti.

**Preceptos legales cuya aplicación se impugna**

El texto de los preceptos impugnados dispone:

**"Código de Procedimiento Penal**

"Artículo 78.- Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley.

*En las causas relativas a los delitos previstos en los artículos 361 a 363 y 366 a 367 bis y, en lo que fuere aplicable, también en los delitos previstos en los artículos 365 y 375 del Código Penal, la identidad de la víctima se mantendrá en estricta reserva respecto de terceros ajenos al proceso, a menos que ella consienta expresamente en su divulgación. El juez deberá decretarlo así, y la reserva subsistirá incluso una vez que se encuentre afinada la causa. La infracción a lo anterior será sancionada conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 189. El tribunal deberá adoptar las demás medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y asegurar que todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima se lleven a cabo privadamente."*

(...)

Artículo 110.- El delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las disposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.

*Las informaciones que la policía proporcione sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o partes que se envíen a los tribunales, tendrán el mérito de un antecedente que el juez apreciará conforme a las reglas generales, sin perjuicio de que pueda citar a los funcionarios respectivos*





*para interrogarlos sobre esos hechos, o para otras diligencias del proceso; y sin perjuicio también del derecho de los inculpados para solicitar que se les interrogué al respecto, se les caree o conainterrogué.*

(...)

*Artículo 318.- El juez que instruye el sumario tomará al sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos.*

(...)

*Art. 328.- El inculpado no podrá negarse a contestar a las preguntas del juez, fundándose en la incompetencia de este funcionario, pero se pondrá testimonio en autos de la protesta que formulare a este respecto.*

### **"Código de Justicia Militar**

*Artículo 5º. Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento:*

*1º De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código, excepto aquéllos a que dieran lugar los delitos cometidos por civiles previstos en los artículos 284 y 417, cuyo conocimiento corresponderá en todo caso a la justicia ordinaria, y también de las causas que leyes especiales sometan al conocimiento de los tribunales militares.*

*Conocerán también de las causas por infracciones contempladas en el Código Aeronáutico, en el decreto ley N° 2.306, de 1978, sobre Reclutamiento y Movilización y en la ley N° 18.953, sobre Movilización, aun cuando los agentes fueren exclusivamente civiles.*

*2º De los asuntos y causas expresados en los números 1º a 4º de la segunda parte del artículo 3º;*

*3º De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas;*

*4º De las acciones civiles que nazcan de los delitos enumerados en los números 1º a 3º, para obtener la restitución de la cosa o su valor".*

(...)

*Art. 135.- El Fiscal encargado de levantar el sumario procederá inmediatamente a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, ajustándose en cuanto fuere posible, y compatible con la celeridad de los procedimientos a las reglas*



000164  
Cento sesenta y cuatro.

dadas en el Título III, Primera Parte del Libro II, del Código de Procedimiento Penal.

*Los menores de edad exentos de responsabilidad penal serán puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia.*

### **Síntesis de la gestión pendiente**

El requirente acciona en el contexto de un proceso penal seguido en su contra, instruido por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Corte Marcial, señorita Romy Rutherford Parentti.

Indica que tal procedimiento se sigue ante la comisión de delitos de fraude al fisco en contra de varios inculpados, a quienes se atribuye que, con ocasión del cumplimiento de comisiones de servicio en el extranjero, habrían concurrido a determinadas agencias de turismo, que en concierto con aquellos y con los encargados de la Sección de Pasajes y Fletes del Comando de Personal del Ejército, habrían modificado sus itinerarios, obteniendo devoluciones de dinero improcedentes.

Dicho proceso se sigue bajo la normativa prevista en el Código de Procedimiento Penal encontrándose actualmente en etapa de sumario.

Sostiene que inició un incidente especial de declinatoria, solicitando acceso al conocimiento del sumario, la asistencia del letrado en la declaración del inculpado y la citación de testigos de descargo. No obstante, la Ministra en Visita Extraordinaria habría rechazado la asistencia de abogado durante la comparecencia judicial y la citación de testigos de descargos, por resolución de fecha 5 de junio de 2019, contra la cual presentó recurso de apelación.

### **Conflictos de constitucionalidad sometidos al conocimiento y resolución del tribunal**

Expone que el artículo 5° 3 del Código de Justicia Militar fundamenta la competencia de los tribunales militares para conocer de un delito que el requirente señala, tiene el carácter de común, produciendo una vulneración al artículo 19° 2 de la Constitución.

Señala que existe una causa abierta en la justicia ordinaria, seguida por el Ministerio Público, en la cual se investiga la responsabilidad de civiles que participaron del mismo delito. Arguye que la división de procesos no resulta no admisible constitucionalmente, en razón de la producción de diferencias sustanciales en el ejercicio del derecho a defensa. El sistema contemplado en el Código Procesal Penal, a diferencia del Código de Procedimiento Penal, asegura el derecho a un juez natural, a la separación de funciones de juzgar y acusar, además de posibilidades de control de prueba.



La calidad de militar de quien comete un delito común no es suficiente para atribuir a la justicia castrense competencia sobre ese hecho. En la especie, se requiere que el hecho lesione también intereses militares, cuestión que no acaece, aplicándose la norma, por lo demás, a un civil, puesto que tiene la calidad de militar en retiro.

Con lo anterior, sostiene que un mismo hecho de competencia de la jurisdicción común, es sometido al conocimiento de dos jurisdicciones diversas, generándose una dualidad de procesos respecto de equivalentes hechos.

Afirma que la jurisdicción tiene carácter indivisible y que ha de primar el principio de unidad de la jurisdicción de los tribunales de justicia para no contrariar la carta fundamental.

A su vez, en lo que respecta al cuestionamiento del artículo 135 del Código de Justicia Militar, en relación con los artículos 78, 110, 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal, expone que su aplicación genera vulneraciones a la garantía fundamental del debido proceso.

En lo relativo a los artículos 110 del Código de Procedimiento Penal y 135 del Código de Justicia Militar, señala que tales reglas establecen el llamado principio de oficialidad en la producción probatoria en los procedimientos militares en tiempos de paz, de conformidad con el cual es al juez a quien le corresponde determinar y examinar las pruebas que conduzcan al establecimiento de los hechos constitutivos del delito investigado, excluyendo la participación del inculpado y su defensa técnica en tales actividades.

Sostiene que así, se permite al juez instructor rechazar libremente las pruebas que solicite la defensa, en la medida que las estime improcedentes o inconducentes a su investigación.

Así, depende de la voluntad judicial y no de la ley el ejercicio del derecho a defensa, estableciendo como regla general que será el juez el promotor de la actividad probatoria, en abierta infracción de la garantía de un justo y racional procedimiento. Las disposiciones impugnadas establecen la legalidad de actuaciones judiciales que producen pruebas y no consideran la presencia del defensor, aunque tales pruebas sean empleadas posteriormente contra el inculpado, privándole de derecho a la bilateralidad de la audiencia.

De igual forma, tales preceptos privan al imputado del derecho de aportar las pruebas que estime pertinentes, quedando en manos del tribunal y a su propio arbitrio aceptar o rechazar aquellas diligencias que se han solicitado.

Particularmente, en lo que respecta a los artículos 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal, expone que tales normas posibilitan al tribunal instructor de un proceso militar en tiempos de paz citar y tomar declaración al inculpado cuantas veces estime conveniente, sin presencia de su abogado defensor y aun cuando, como sucede en la especie, se estime incompetente al tribunal que así actúa.



000165  
CIBRITO SEBASTIÁN / FONDO

Ello, a juicio del requirente, infringe lo dispuestos en el artículo 19 N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental, pues los preceptos no evitan la indefensión ni cautelan los derechos fundamentales de los inculpados en un proceso penal, sino que establecen presupuestos para que se someta al interrogatorio, en indefensión.

### **Tramitación**

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala de esta Magistratura con fecha 19 de junio de 2019, a fojas 100. A su turno, en resolución de fecha 19 de julio de 2019, a fojas 127, se declaró admisible.

Conforme consta en autos, conferido traslado a las demás partes interesadas y a los órganos constitucionalmente interesados, fue evacuado traslado por el Consejo de Defensa del, según consta a fojas 138, abogando por el rechazo del libelo de fojas 1, en virtud de las siguientes consideraciones:

### **Observaciones del Consejo de Defensa del Estado**

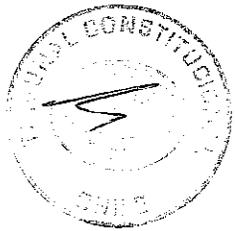
En lo que respecta a la impugnación del artículo 5° N° 3 del Código de Justicia Militar arguye que la pretensión específica del actor es resolver una contienda de competencia en base a supuestos fácticos actualmente en indagación, cuestión que corresponde exclusivamente a los jueces del fondo. Prueba de ello es que el propio requirente presentó ante la Ministra en Visita Extraordinaria Srta. Rutherford, antes de interponer el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, una solicitud de incompetencia por declinatoria, la que no pudo ser resuelta por haberse suspendido el procedimiento en virtud de resolución dictada por este Tribunal.

Plantea que lo discutido es un conflicto de mera legalidad y no de constitucionalidad, excediendo lo discutido a la naturaleza de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

En segundo lugar, sostiene que la norma impugnada ya fue aplicada por el juez del fondo, al iniciarse el procedimiento penal militar en 2014, por lo que malamente puede hablarse de una "posible" aplicación de la norma en cuestión.

Añade que la certificación acompañada por el requirente da cuenta de que no se encuentra citado en la gestión judicial pendiente, por lo que malamente puede sostenerse una aplicación de los preceptos que cuestiona, en relación a prueba confesional.

En tercer lugar, expone que el requirente omite entre sus argumentos referencias a la jurisprudencia constitucional sobre el cuestionado artículo 5 N°3 del Código de Justicia Militar, contemplada en los fallos Roles N° 2363-12, 2399-13, 2794-15, 2874-15.





Finalmente indica que el requirente invoca diversas disposiciones constitucionales como infringidas, sin explicar la forma concreta y directa en que la disposición legal impugnada las afecta.

A su vez, en lo que respecta a la impugnación del artículo 135 del Código de Justicia Militar en relación con los artículos 78, frase primera, 110, 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal, sostiene que lo que se impugna realmente es una "eventual aplicación" de las disposiciones indicadas, por lo que necesariamente, al tratarse de una "aplicación potencial", le es imposible señalar de forma precisa como esa "posible aplicación" contraviene la Constitución.

En el caso *sub lite* precisamente es imposible que el requirente pueda señalar de manera "clara", "delimitada" y "específica" la forma en que se podría producir la contradicción constitucional con las normas que impugna, porque como se dijo precedentemente, no existe en la actualidad citación alguna al señor Luis Podestá Carmona en la investigación, por lo cual no será decisiva en la resolución del asunto.

Con relación a la impugnación del artículo 78, inciso primero, del Código de Procedimiento Penal, expone que la norma que se impugna, no es decisoria litis, en cuanto no se impugnó, a su turno, la norma del artículo 130 del Código de Justicia Militar.

#### **Vista de la causa y acuerdo**

En Sesión de Pleno de 29 de agosto de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos de la parte requirente, del abogado Gonzalo Rodríguez Herbach, por 30 minutos, y del Consejo de Defensa del Estado, del abogado Ricardo González Benavides, por 30 minutos. Se adoptó acuerdo en igual fecha, según certificó el relator de la causa.

#### **Y CONSIDERANDO:**

##### **I.- Conflicto constitucional planteado.**

**PRIMERO:** El requirente es un coronel en retiro del Ejército de Chile y en su contra se sigue un procedimiento penal ante la Justicia Militar imputado en los autos Rol N° 575-2014, cuaderno "Empresas de Turismo", el cual es sustanciado por la Ministra en Visita Extraordinaria de la Corte Marcial, doña Romy Rutherford. La causa se encuentra en etapa de sumario y particularmente está pendiente la resolución de un incidente de incompetencia por declinatoria.

**SEGUNDO:** El requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue planteado respecto de los artículos 5, N° 3, y 135, inciso primero, del Código de Justicia Militar; artículos 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales; y los artículos 78, frase primera, 110, 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal.



000166  
GIBO SECONSA / 2015

**TERCERO:** La Primera Sala de esta Magistratura admitió parcialmente el requerimiento respecto de todas las normas con la salvedad de los artículos 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales. Respecto de éstas últimas se estimó "que en la especie no se impugnó el artículo 29, inciso final, del Código de Justicia Militar, que faculta a la Corte Suprema y a las Cortes Marciales para decretar visitas extraordinarias en los tribunales de la jurisdicción militar, con arreglo a los artículos 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales, precepto que priva de efectos decisorios a la aplicación de las normas objetadas de inconstitucionales en autos" (Resolución de 19 de julio de 2019, c. 7°).

**CUARTO:** El requirente sostiene que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera los numerales 2° y 3° del artículo 19 de la Constitución, respecto del artículo 5° N° 3 del Código de Justicia Militar, porque el requirente ha quedado sometido a un procedimiento que objetivamente contempla menos garantías que las que disfrutaban otros imputados civiles, por los mismos hechos. Señala que esta diferencia no se asila en motivo razonable alguno y que —es más— el requirente también es civil en la actualidad. Añade que, en el caso concreto, lo investigado son delitos comunes y no obedecen a la cautela de ningún bien jurídico militar. Lo anterior deriva en que el requirente se encuentra siendo juzgado no por un juez natural e imparcial, sino por una comisión especial. Termina citando el voto de minoría de la STC 2794-15, conforme al cual un delito de fraude al Fisco sería un delito común que debe ser investigado bajo un proceso penal común, de lo contrario, se infringiría el principio de la unidad jurisdiccional afectando, de paso, el artículo 77 de la Constitución sobre pronta y cumplida administración de justicia.

**QUINTO:** Asimismo, el requirente estima infringido el inciso sexto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución, respecto de los demás preceptos legales objetados declarados admisibles, toda vez que resultan aplicables al procedimiento que se sigue en contra del requirente disposiciones legales que afectan su derecho a defensa. Así, el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal, que establece el principio de oficialidad en la producción probatoria, excluye la participación del inculpado y su defensa técnica, pues el juez instructor puede rechazar libremente las diligencias probatorias que solicite la defensa.

De la misma forma, en concepto del requirente, se permitiría la práctica de diligencias probatorias sin la presencia del defensor del inculpado, afectándose el derecho a la bilateralidad de la audiencia, así como el derecho a aportar las pruebas que estime pertinentes. A su turno, los artículos 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal, infringen el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a ser asistido por un defensor. Estos derechos serían afectados por las normas remitidas así como por la norma de remisión (artículo 135 del Código de Justicia Militar) que habilitaría la producción de los efectos inconstitucionales denunciados. En tal sentido, acusa que expresamente se



le ha denegado la asistencia de asesoría técnica especializada mediante la labor de su abogado, así como la citación de testigos de descargos.

## II.- Cuestiones previas al control de la inaplicabilidad.

**SSEXTO:** Este requerimiento se da en el marco de una sucesión de acciones de inaplicabilidad (Roles 5893, 5897 y 6472) así como adhesiones a las mismas, que tienen como patrón común el ser partes de la misma investigación penal llevada en sede de justicia militar (Rol 575-2014), aunque en diferentes cuadernos. Estas investigaciones han sido tramitadas sucesivamente por dos Ministros en Visita de la Corte Marcial, el Ministro señor Omar Astudillo y la Ministra señorita Romy Rutherford. Respecto de uno de estos cuadernos el Tribunal Constitucional se había pronunciado con anterioridad en la Sentencia Rol 2794.

**SÉPTIMO:** En general, se trata de requerimientos que han tenido algún símil con acciones de inaplicabilidad que se han planteado respecto del Código de Procedimiento Penal en casos referidos a investigaciones por violaciones a los derechos humanos. Algunas veces estos requerimientos se identifican con las normas cuestionadas tanto en lo global como en lo específico de las impugnaciones. Sin embargo, cada una de estas acciones han sido resueltas en su propio mérito y son estas deliberaciones las que nos llevan a hacer un conjunto de consideraciones previas que es necesario puntualizar antes de juzgar los actuales requerimientos.

**OCTAVO:** El Tribunal Constitucional en estas materias estudia las normas cuestionadas en un control concreto de su aplicación. Por lo mismo, si bien pueden existir precedentes respecto de las mismas normas y algunos de sus criterios ser endosables, lo cierto es que sus fundamentos teóricos y prácticos son muy distintos en el plano normativo. Desde este punto de vista, estas causas no pueden ser entendidas como aquellas propias de derechos humanos y no son asimilables como si fuesen iguales. Por ejemplo, en materia de secretos en el proceso, jurídicamente ningún caso anterior ha tenido un efecto en donde concurre la potencial aplicación de una norma general (artículo 78 del Código de Procedimiento Penal) en relación a una norma especial del procedimiento penal militar (artículo 130 del Código de Justicia Militar). Y cuando tenemos esta conjunción de normas el conflicto cambia. Existiendo dos reglas legales que regulan el mismo asunto ha de procederse conforme a un criterio interpretativo que verifique cuál es la regla especial. En consecuencia, la primacía jerárquica de la Constitución no tiene una función directamente decisiva.

**NOVENO:** Otra consideración previa es que el conjunto de los requirentes son o han sido oficiales del Ejército. Se trata ésta de una institución jerarquizada, conforme a una de las características que identifica la Constitución respecto de las instituciones armadas (artículo 101 de la Constitución).



000167  
CENSO SOBREPUESTO Y SIEMBRO.

Sin embargo, hay que acentuar que el examen del Tribunal Constitucional está referido a un control de las normas que rigen decisivamente el caso planteado. No juzgamos conductas ni prejuzgamos sobre los hechos.

En este sentido, el tratamiento de estos asuntos bajo una misma óptica normativa no significa que respecto de los hechos exista un mismo tipo de responsabilidad penal. Esa definición es propia del juez de fondo y será éste quién deba ponderar la situación propia del dominio del hecho punitivo el que abarcará dimensiones probablemente diferenciadas. En este sentido, el efecto general de rechazo de estos requerimientos de un modo unívoco deja en pie la distinción que ha de realizarse en otra sede respecto de los bienes jurídicos involucrados, su situación militar específica y la perspectiva de control del hecho punible.

**DÉCIMO:** En tal sentido, debemos agregar otra consideración. No es resorte del Tribunal Constitucional verificar un control vertical de la investigación penal. Tampoco podemos valorar o cuestionar las resoluciones judiciales dictadas en la causa. De la misma manera, no es nuestro deber examinar la calidad de la información que antes se reprochaba como inaccesible. No es nuestro deber calificar si algunas de estas conductas obedecen a patrones administrativos ineludibles de sortear. En síntesis, no son requerimientos contra el Ejército sino que nuestra deliberación abarca la aplicación de las normas relativas a una investigación penal pura y simple y en la que las normas impugnadas tienen incidencia.

### III.- Análisis formal del requerimiento.

**DECIMOPRIMERO:** Antes de determinar los criterios interpretativos de la sentencia cabe identificar algunas cuestiones previas de naturaleza formal que permiten precisar la naturaleza del conflicto planteado ante esta Magistratura. Todas dicen relación con la potencial aplicación de los preceptos legales por parte de la requirente.

#### a.- Renuncia al planteamiento sobre el supuesto efecto inconstitucional del secreto del sumario.

**DECIMOSEGUNDO:** Una de las normas impugnadas es el inciso primero del artículo 78 del Código de Procedimiento Penal que establece que “[l]as actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley”.

En relación con este precepto legal, la parte requirente en el alegato de la vista de la causa, desestimó la existencia de un efecto inconstitucional puesto que la Ministra en Visita había conferido a su parte el conocimiento de todo el sumario, con lo cual no existe agravio ninguno que reparar.

En consecuencia, esta Magistratura no se pronunciará al respecto.

#### b.- Los artículos 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal no resultarán aplicables del modo en que lo ha planteado el requirente.



**DECIMOTERCERO:** El objeto del cuestionamiento tiene que ver con el modo en que los artículos 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal infringen el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y a ser asistido por un defensor. La parte requirente imputa que se le ha denegado la asistencia de abogado, así como la citación de testigos de descargos.

**DECIMOCUARTO:** Antes de examinar el cuestionamiento cabe verificar cómo es que las normas impugnadas generan el efecto constitucional imputado puesto que el primer supuesto de la inaplicabilidad es que las mismas normas tengan aptitud real o potencial de ser aplicadas. Además, se les exige que tales preceptos puedan "resultar decisivo en la resolución de un asunto" (inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución). Por eso, el requirente ha realizado la imputación de un modo tal que el efecto de estas normas se produciría por la remisión exigida en el artículo 135 del Código de Justicia Militar que realiza el reenvío formal para el examen material de los preceptos reprochados.

**DECIMOQUINTO:** Cabe considerar que el modelo seguido por el Código de Justicia Militar no es aquel que implica una asunción completa del procedimiento penal antiguo sino que adapta a su procedimiento una selección de preceptos del Código de Procedimiento Penal mediante la técnica del reenvío normativo. De esta manera, no es posible conocer directamente los procedimientos sin especificar el modo en que tal reenvío define el procedimiento final. Simplemente hay que recordar que nuestra Constitución en el inciso primero del artículo 7° de la misma nos expresa cómo "[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley". Y esa forma es el procedimiento de reenvío.

**DECIMOSEXTO:** Estudiados tales reenvíos cabe realizar la consideración previa de que los artículos 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal no resultan aplicables a los procedimientos penales seguidos ante la jurisdicción militar en tiempo de paz, por remisión del artículo 135 del Código de Justicia Militar, porque los referidos artículos no están previstos en el Título III, "De las declaraciones del inculpado", Primera Parte del Libro II, sino que en el Título VI, "De las declaraciones del inculpado".

Hay que recordar que el sentido sustancial de estos preceptos legales importa indagar en estos reenvíos y no solo la remisión del artículo 135 del Código de Justicia Militar es incorrecta sino que dicho cuerpo legal contempla expresamente el artículo 140 que mandata que "las reglas sobre las declaraciones del inculpado, careos e identificación del inculpado y sus circunstancias personales, contenidas en la Primera Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal, serán también aplicables en el sumario militar".

**DECIMOSÉPTIMO:** En consecuencia, los artículos 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal tienen aplicación en el sumario pero no porque lo indique el artículo 135 del Código de Justicia Militar sino porque corresponde a la remisión explícita del artículo 140 del Código de Justicia Militar. De esta forma, al no

impugnarse la regla de reenvío correcta no se ve cómo podríamos entrar a examinar preceptos legales expresamente no reprochados y que habilitan a la aplicación de criterios formales de rechazo.

#### IV.- Criterios interpretativos.

**DECIMOCTAVO:** La deliberación sostenida implica argumentar en torno a los siguientes criterios. Primero, en el requerimiento no se cuestiona la existencia de la justicia militar, sino que solo se pretende excluir de su aplicación al requirente. Enseguida, cabe entender que es cuestión de legalidad interpretar su aplicación conforme a un criterio sistemático de normas legales. En tercer lugar, las normas de remisión cumplen una función instrumental necesarias de solicitar su inaplicabilidad pero son inhábiles para generar la mencionada inconstitucionalidad por sí mismas. Finalmente, el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal permite el derecho a defensa y la producción de pruebas.

a.- **No se enjuicia la justicia militar sino que solo su aplicación al requirente.**

**DECIMONOVENO:** Se plantea la impugnación al artículo 5° N° 3 del Código de Justicia Militar que regula lo siguiente:

*"Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: (...) 3° De las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él, en los cuarteles, campamentos, vivaques, fortalezas, obras militares, almacenes, oficinas, dependencias, fundiciones, maestranzas, fábricas, parques, academias, escuelas, embarcaciones, arsenales, faros y demás recintos militares o policiales o establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas".*

**VIGÉSIMO:** El eje argumentativo para cuestionar el efecto inconstitucional es que se trata de un precepto legal que no es aplicable porque el requirente ya no es militar, porque se trata de un delito común y porque la protección de los bienes jurídicos involucrados no es de naturaleza militar.

**VIGESIMOPRIMERO:** Aún antes de examinar esta argumentación, lo esencial de la misma, es que parte del supuesto de no cuestionar la existencia de la justicia militar ni verificar sus defectos institucionales. No se trata de un cuestionamiento global al procedimiento penal militar y no tiene cómo serlo puesto que la propia Constitución ha acreditado la existencia de esa modalidad de justicia especial.

En efecto, el inciso final del artículo 83 de la Constitución dispone que "[e]l ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a



las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen".

**VIGESIMOSEGUNDO:** Esta regla constitucional no inmuniza el control sobre los preceptos del mencionado Código ni impide su modificación. Esta Magistratura está consciente de que tal legislación puede ser cambiada y debe serlo, entre otras cuestiones, impelidas por la Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Palamara Iribarne contra Chile y por el efecto de promover tal adecuación derivada de la conjunción del artículo 5º inciso 2º de la Constitución y el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto a su deber de adoptar decisiones de orden interno.

Sin embargo, nada de esto resulta ser parte de la cuestión planteada a esta Magistratura y cabe constatar que la existencia de la justicia militar tiene la norma constitucional que garantiza su permanencia.

**b.- Es cuestión de legalidad interpretar su aplicación conforme a un criterio sistemático de normas legales.**

**VIGESIMOTERCERO:** El requirente no cuestiona la existencia de la jurisdicción militar, sino que ésta se le aplique a él, porque, a su juicio, no concurren los presupuestos legales para que entre a conocer de los delitos que se le imputen en la justicia militar, ya que se trata de un delito común, en el que no tiene interés la justicia militar, y en el que no está claro donde se inició su ejecución. En este sentido, lo planteado por el requirente es una cuestión de mera legalidad.

**VIGESIMOCUARTO:** El ejercicio interpretativo sistemático realizado por el requirente apelando a que su tesis de no tratarse de un militar la funda en preceptos legales no cuestionados y que sirven a su teoría del caso válida ante el juez de fondo. Entre ellos, cabe entender que cita el artículo 6º del Código de Justicia Militar, referido al concepto de militar. En tal sentido, la relevancia de su interpretación radica en el hecho de que en su inciso final se define que "para efectos de determinar la competencia de los tribunales militares, la calidad de militar debe poseerse al momento de la comisión del delito".

Es pacífico en esta causa que el requirente sí era militar al momento de la comisión del delito por el cual es investigado. Sin embargo, el requirente agrega que tal precepto ha de entenderse a la luz del artículo 1º de la Ley N° 20.477 que restringió la competencia de la justicia militar. De este modo, "la interpretación sistemática de dicho inciso final solo puede significar que la justicia militar es competente para conocer de hechos sujetos a su jurisdicción, cometidos por personas que poseían la calidad de militares al momento de la ejecución del delito y *siguen poseyéndola al momento de su juzgamiento*. Pero reitero, como expresan tanto la letra, el espíritu y la historia fidedigna de su establecimiento, los tribunales militares, *en ningún caso*, son competentes para juzgar imputados que revistan, al



000169  
CIBUO ELEJOS Y NOVED...

momento de su enjuiciamiento, el carácter de civiles" (fs. 10 del expediente Rol 6761).

Pues bien, una interpretación de esta naturaleza, enmarcada en el artículo 22 del Código Civil, es una de aquellas que la doctrina identifica como una interpretación legal puesto que no requiere de la Constitución ni de criterios de jerarquía para persuadir desde su construcción normativa.

c.- **Las normas de remisión cumplen una función instrumental necesarias de solicitar su inaplicabilidad pero inhábiles para generarla.**

**VIGESIMOQUINTO:** El requirente impugnó el artículo 135 del Código de Justicia Militar que indica lo siguiente:

*"El Fiscal encargado de levantar el sumario procederá inmediatamente a la comprobación del delito y averiguación del delincuente, ajustándose en cuanto fuere posible, y compatible con la celeridad de los procedimientos a las reglas dadas en el Título III, Primera Parte del Libro II, del Código de Procedimiento Penal.*

*Los menores de edad exentos de responsabilidad penal serán puestos a disposición del tribunal competente en asuntos de familia."*

**VIGESIMOSEXTO:** En otro apartado de esta argumentación hemos sostenido que la estructura procesal del Código de Justicia Militar no se auto regula con los contenidos propios de dicho cuerpo legal sino que recurre a la remisión específica de preceptos legales del Código de Procedimiento Penal para completar su estructura procedimental.

En tal sentido, la remisión cumple una función instrumental para dar cuenta de un procedimiento penal que tiene una base estructural en el Código de Procedimiento Penal y una estructura específica de mandatos que modifican algunos aspectos de dicho procedimiento. En tal perspectiva, la norma impugnada da cuenta de una indicación de celeridad en la investigación y que tal iniciativa sea compatible con las reglas del Título III, Primera Parte del Libro II, del Código de Procedimiento Penal.

Dicho Título, denominado "De la comprobación del hecho punible y la averiguación del delincuente", se extiende desde el artículo 108 al artículo 245.

**VIGESIMOSÉPTIMO:** Identificar porqué tal remisión produce un efecto inconstitucional sólo es posible realizarlo en relación con la norma remitida. Y de éstas ya hemos sostenido que la única que queda comprendida dentro de tal perspectiva es el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal.

En consecuencia, no es razonable estimar que la remisión es constitucional en 136 artículos de dicho cuerpo legal e inconstitucional en uno solo. No es razonable tener propiedades constitucionales e inconstitucionales a la vez.



Por lo mismo, cabe acentuar el carácter instrumental de las normas de remisión, inhábiles por sí mismas para generar un efecto inconstitucional, pero necesaria para precisar el efecto del conflicto constitucional planteado por la norma remitida y no por la remitente. En consecuencia, es correcto incluirla dentro de los preceptos legales reprochados pero su declaración depende de la impugnación de la norma de fondo.

d.- El artículo 110 del Código de Procedimiento Penal permite el derecho a defensa y la producción de pruebas.

**VIGESIMOCTAVO:** El requirente cuestiona el principio de oficialidad en la producción probatoria de los procedimientos militares en tiempo de paz. Para ello, impugna el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal que indica que "*[e]l delito se comprueba con el examen practicado por el juez, auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las disposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia.*

*Las informaciones que la policía proporcione sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o partes que se envíen a los tribunales, tendrán el mérito de un antecedente que el juez apreciará conforme a las reglas generales, sin perjuicio de que pueda citar a los funcionarios respectivos para interrogarlos sobre esos hechos, o para otras diligencias del proceso; y sin perjuicio también del derecho de los inculcados para solicitar que se les interroge al respecto, se les caree o contrainterroge."*

**VIGESIMONOVENO:** La tesis planteada es que este precepto legal excluiría la posibilidad de las partes de presentar e impugnar pruebas afectando su derecho a defensa.

Sin embargo, el artículo 121 del Código de Justicia Militar hace aplicable el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal. Esta última disposición no era original de esa codificación. Su introducción "[implicó] reconocer un derecho a la defensa jurídica acorde a lo exigido constitucionalmente. Lo sostiene la doctrina desde el mismo momento en que se estableció dicho nuevo estándar [Ver Eduardo Jara y Eduardo Novoa (1990), en *Las reformas de la Ley N° 18.857 al Código de Procedimiento Penal, en Cuaderno de análisis jurídico, N° 14*, Universidad Diego Portales, pp. 35-36 y 64.]

En tal sentido, el derecho a defensa no solo es una facultad de las partes sino que se expresa en un conjunto de preceptos legales del Código de Procedimiento Penal que no son referidos por las partes. En primer lugar, el propio artículo 67 que establece los derechos del inculcado y que permite la adopción de nombramiento



000170  
C18070 28 50074 -

de abogado desde que se dirige una investigación en su contra. En segundo lugar, el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal que reconoce que "el procesado es parte en el proceso penal y deben entenderse con él todas las diligencias del juicio. Su defensa es obligatoria". Ya no solo es una posibilidad sino que una obligación desde su procesamiento." (STC 4703, c. 23º). Cabe precisar que el artículo 278 del Código de Procedimiento Penal resulta aplicable a los procedimientos penales seguidos ante la jurisdicción militar en tiempo de paz por expreso mandato del artículo 140 del Código de Justicia Militar.

**TRIGÉSIMO:** El artículo 110 del Código de Procedimiento Penal fue reformado por la Ley N° 18.857 de una manera tal que aún antes de ser imputado tiene los siguientes derechos procesales: "a) los que acuerden las leyes (por ejemplo, el artículo 120 que faculta al inculcado detenido para asistir a las inspecciones oculares que disponga el juez); b) los que el tribunal estime necesarios para su defensa y que le otorgará en cumplimiento de lo previsto en el artículo 109, pues el juez no solo debe investigar los hechos que establecen o agravan la responsabilidad del inculcado, sino también es función suya investigar los hechos y circunstancias que eximen, extingan o atenúen dicha responsabilidad y, en tal sentido, será útil no solo oír al inculcado sino evacuar con prontitud las diligencias que proponga; c) las facultades especiales que enumera el artículo 67 y que el inculcado podrá hacer valer hasta la terminación de la causa" (Novoa Aldunate, Eduardo (1990), "Las modificaciones de la Ley 18.857 al Ministerio Público, los derechos del inculcado, defensa del procesado, comprobación del hecho punible, tramitación del plenario y prueba en el plenario", *Cuadernos de análisis jurídico*, N° 14, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 61- 62).

Entre esos derechos del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal destacan el N° 2 "presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen", facultad reiterada en el artículo 329 del mismo Código. Asimismo, el N° 3, "rendir información sumaria de testigos para justificar su conducta anterior sin necesidad de ofrecerla o anunciarla por escrito previamente".

**TRIGESIMOPRIMERO:** Asimismo, el Código de Justicia Militar contempla una serie de garantías que aseguran el derecho a defensa del procesado. Así, en la etapa del plenario, el artículo 154 del Código de Justicia Militar establece que el procesado podrá alegar "todas las defensas que estime procedentes a su derecho".

Por su parte, el artículo 155 del Código de Justicia Militar previene que en el escrito de contestación "expresará cuáles son los medios probatorios de que intenta valerse y presentará la lista de los peritos o testigos que han de declarar a su instancia". También podrá deducir "las tachas que tuviese contra los testigos del sumario y [exponer] los medios de probarlas".

Enseguida, el artículo 158 del Código de Justicia Militar dispone que "[l]a prueba y la manera de apreciarla se regirán por las reglas del Título IV de la Segunda Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal, con estas variantes: / 1ª Las actuaciones relativas a la prueba se practicarán en audiencia pública, salvo que la



publicidad se estime peligrosa para las buenas costumbres, para el orden público o la seguridad y disciplina del cuerpo armado. Sin embargo, esta restricción de publicidad, no podrá impedir la asistencia a todos los trámites de la prueba, del Fiscal General Militar, del Fisco, del procesado y de su defensor". Contra la sentencia definitiva procede el recurso de apelación. Asimismo, contra las sentencias de las Cortes Marciales, procede el recurso de casación, tanto en la forma como en el fondo (arts. 170 y 171 del Código de Justicia Militar).

**TRIGESIMOSEGUNDO:** Por el contrario, por mandato del artículo 158 del Código de Justicia Militar, en materia de la prueba y la forma de apreciarla, resultan aplicables las reglas del Título IV de la Segunda Parte del Libro II del Código de Procedimiento Penal, dentro de las cuales se encuentra el artículo 484, que en su inciso segundo dispone: "El silencio del imputado no implicará un indicio de participación, culpabilidad o inocencia", así como el artículo 481 que exige, entre otros requisitos, que la confesión del inculpado, para constituir prueba, deba ser "prestada libre y conscientemente".

#### V.- Aplicación al caso concreto.

**TRIGESIMOTERCERO:** En la aplicación concreta de estos criterios al caso específico planteado, hay que partir constatando el examen formal y de fondo de los preceptos legales impugnados.

En su examen formal, de las siete normas impugnadas, dos se declararon inadmisibles (el artículo 559 y el numeral 2º del artículo 560 del Código Orgánico de Tribunales) por no incorporar la impugnación al inciso final del artículo 29 del Código de Justicia Militar que daba aplicación a los nombramientos de los Ministros en Visita. En segundo lugar, otros dos preceptos legales (artículo 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal) no son decisivos en este asunto y es improcedente su aplicación porque no se agregó a la impugnación la norma de reenvío correcta que habría sido el artículo 140 del Código de Justicia Militar que regula la materia. Y, finalmente, es improcedente el examen del artículo 135 del Código de Justicia Militar en sí mismo porque su función es instrumental y solo habilita a la discusión correcta del artículo 110 del Código de Procedimiento Penal.

En síntesis, a efectos del examen de fondo solo queda pendiente la deliberación concreta sobre el artículo 5º, numeral 3º del Código de Justicia Militar y el artículo 110 del Código de Procedimiento Penal.

**TRIGESIMOCUARTO:** Respecto del problema competencial planteado por el requirente cabe partir consignando que esta Magistratura ya se pronunció en otra arista de esta misma causa en relación con la imparcialidad del Tribunal. En la STC Rol 2794, que recayó sobre un requerimiento que accedía a la misma gestión pendiente que el presente requerimiento, si bien respecto de otra arista de la causa, se desestimó que existiera una vulneración al derecho a un tribunal independiente e imparcial, toda vez que la causa era sustanciada por un Ministro de la Corte de



000171  
CIENTO SETENTA Y UNO

Apelaciones de Santiago e integrante de la Corte Marcial, el Magistrado Sr. Omar Astudillo (c. 41º). Esta circunstancia también se presenta en el presente caso, ya que la causa es sustanciada por la Ministra en Visita Extraordinaria Srta. Romy Rutherford, quien también es Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago e integrante de la Corte Marcial. Fue designada por la Corte Suprema en dicha calidad en marzo de 2017, una vez terminado el periodo del Magistrado Astudillo en la Corte Marcial. En tal sentido, en este caso tampoco se configura una infracción al derecho a un tribunal independiente e imparcial y está rodeado de las garantías formales y competenciales que se han asignado conforme a la Constitución (artículo 83 de la misma) y a las leyes.

**TRIGESIMOQUINTO:** Lo solicitado por el requirente es que compartamos su tesis interpretativa relativa a que el requirente es alguien que no posee la condición de militar. Hemos sostenido que ello es impropio, no solo porque se trata de una interpretación legal que se realiza bajo el supuesto integrador de normas de los artículos 5º, numeral 3º, artículo 6º y artículo 9º del Código de Justicia Militar, el artículo 1º de la Ley N° 20.477 y el artículo 22 del Código Civil. Se trata de una tesis interpretativa que es resorte del juez de fondo validarla o desestimarla.

Sin embargo, cualquiera que fuere la estimación de ese resultado hermenéutico, se trata de un ejercicio interpretativo que excede la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad puesto que pretende que se realice una integración normativa a un artículo no impugnado. En efecto, tal tesis sólo será plausible si es que el inciso final del artículo 6º del Código de Justicia Militar se le agrega que "la calidad de militar debe poseerse al momento de comisión del delito y siga poseyéndola al momento de su juzgamiento". Esta regla no existe en el Código de Justicia Militar y la acción de inaplicabilidad es inhábil en producirla.

**TRIGESIMOSEXTO:** En general, las sentencias del Tribunal Constitucional, con excepción de la STC Rol 2794, que han acogido requerimientos que solicitaban la inaplicabilidad del art. 5º N° 3 CJM han tenido como principal fundamento la debida protección a las víctimas tanto civiles como militares. En el presente requerimiento, dicha circunstancia no concurre, por cuanto el requirente es investigado en la gestión pendiente, siendo, por tanto, un imputado en la causa.

**TRIGESIMOSÉPTIMO:** Asimismo, en un examen de algunas dimensiones de legalidad del conflicto planteado y asumiendo que el requirente se ha sostenido en alguna argumentación del voto de minoría en la STC Rol 2794, cabe realizar algunas consideraciones a la luz de un voto que no fue compartido en su momento por la mayoría de los Ministros.

Allí se sostuvo que es posible que ciertos delitos comunes cometidos por militares, excepcionalmente, queden sometidos a la Justicia Militar, de acuerdo a los criterios establecidos en el precepto legal objetado, siendo uno de estos criterios el que el delito se haya cometido en el acto del servicio militar, ello, porque este supuesto "está precedido de la existencia de decisiones operacionales superiores que se dan en el marco de una actividad militar" (c. 10º).



En este orden de ideas, en la arista "Empresas de turismo", el delito indagado habría sido cometido en el acto de servicio militar, cuando el requirente ejerció como jefe de la Sección de Pasajes y Fletes del Ejército. Por lo tanto, su conocimiento por la Justicia Militar no vulnera el derecho a un juzgamiento por un juez natural. En efecto, en el voto disidente de la STC 2794 se sostuvo que "[l]a interpretación extensiva de esta hipótesis de juzgamiento al delito de fraude al Fisco del artículo 239 del Código Penal exorbita las competencias del juicio militar y, bajo esa perspectiva, institucionalmente, no corresponde a un juzgamiento por un juez natural" (c. 41º), pero dicha conclusión obedeció a que en el caso concreto al que accedía el requerimiento el delito común investigado no tenía un vínculo intenso con actos de servicio (c. 43º), cuestión que no ocurre en el presente caso.

**TRIGESIMOCTAVO:** De la misma manera, el requirente ha sostenido que se ha vulnerado el principio de unidad de la jurisdicción. Sin embargo, no se estima por el requirente cuál sería la regla constitucional violentada por dicha definición la que lo indica en el cuerpo del escrito (fs. 17 y 18 referida al artículo 77 de la Constitución) pero sin identificarla ni en la suma ni en la parte petitoria del escrito. La vincula, eso sí, a una infracción genérica al artículo 19, numeral 3º de la Constitución pero sin especificar alguno de sus nueve incisos ni la garantía específica que determina su afectación.

Por lo demás, junto con ser un planteamiento especulativo esta situación no se corresponde con el presente caso, pues se trata de un solo tipo de delitos, y, además, su investigación, al tratarse de imputaciones de delitos cometidos en actos de servicio, reviste gran interés institucional para el Ejército. Si bien es una cuestión de legalidad verificar una eventual coautoría penal con otros autores de diverso carácter, lo cierto es que, en el presente caso, la gran mayoría de las aristas que actualmente conforman el caso "Fraude en el Ejército" surgieron con posterioridad a la dictación de la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 2794 de 2 de mayo de 2016. El estado actual de la gestión pendiente da cuenta de que la investigación ha imputado como inculpados e involucra a ex comandantes en jefe así como a generales del ejército tanto en servicio activo como en retiro, de manera que estos antecedentes permiten concluir que existe una intervención predominante del Ejército en la comisión de los delitos que se investigan.

**TRIGESIMONOVENO:** En consecuencia, en este requerimiento deducido por la parte requirente, no se advierte la existencia de un efecto inconstitucional que vulnere los incisos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del artículos 19, numerales 3º y el artículo 5º, inciso segundo de la Constitución en relación con los siguientes derechos convencionales (artículos 8.1, 8.2 letras b), c), f) y g) y 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica y a los artículos 14.1 y 14.2 letras b), d), e) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la



000172  
CAUSO 257813 y 200

Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, EN TODAS SUS PARTES. OFÍCIESE.
- II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

**DISIDENCIA**

Acordada la sentencia de rechazo con el voto en contra de los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Juan José Romero Guzmán, y José Ignacio Vásquez Márquez, quienes estuvieron por acoger el presente requerimiento en virtud de sus propios fundamentos, además de los que exponen a continuación:

1°. Que la presente causa versa nuevamente sobre los defectos procesales congénitos del Código de Procedimiento Penal, que se reproducen en el Código de Justicia Militar. El carácter indiviso de investigador y de sentenciador que asume un mismo magistrado, en la sustanciación de aquellos procesos a que dan lugar dichos cuerpos legales -cabe afirmar una vez más- quebranta radicalmente la garantía consistente en que ambos roles son y deben permanecer separados, consagrada expresamente en el artículo 19, N° 3, inciso sexto, de la Carta Fundamental.

El hecho que un mismo juez recoja las evidencias y luego las evalúe, amaga de suyo una condición esencial de justicia y racionalidad, cual es que no se presupongan la verdad o falsedad de una hipótesis, para enseguida desplegar simples estrategias autoconfirmadoras o autorrefutadoras. Que no dejan rastros en sentencias transparentes o cabalmente motivadas y que tampoco pueden controladas, a pretexto de que incumben reservadamente a la conciencia de cada juez.

De manera que los artículos 78, 110, 318 y 328 del Código de Procedimiento Penal, así como el artículo 135 del Código de Justicia Militar, configuran meras manifestaciones del mismo vicio consustancial que afecta dicha impartir justicia penal;



2°. Que, de otra parte, el artículo 5°, N° 3, del señalado Código castrense, igualmente se presta para abusos. Puede aseverarse que, en abstracto y aún en ciertos casos, es correcto que a la jurisdicción militar corresponda el conocimiento de aquellas causas por "delitos comunes" cometidos por militares en establecimientos o dependencias de las Instituciones Armadas, como reza dicho precepto.

Si el "delito común" dice relación o concierne de alguna manera con el cometido constitucional de las Fuerzas Armadas, en cuanto existentes "para la defensa de la patria" y "esenciales para la seguridad nacional", al tenor del artículo 101 de la Carta Fundamental, es lógico que su juzgamiento recaiga en la más severa Justicia Militar. No de otra manera se explica la condición de "tribunales especiales" que el Código Orgánico de Tribunales asigna a los Tribunales Militares en tiempo de paz (artículo 5°, inciso tercero). Ni de otra manera se entiende la sujeción que el personal de las Fuerzas Armadas debe al Código de Justicia Militar, en las materias "inherentes a la profesión militar", conforme acota su Estatuto aprobado por DFL N° 1, de Guerra, de 1997 (artículo 138).

Mas, esa calidad de juez natural desaparece del todo cuanto se quiere repeler eventuales irregularidades a la legislación común sobre compra y uso de pasajes y fletes; que no difieren sustancialmente de aquellas que, de haberse cometido por civiles, estarían siendo procesadas -como tribunales ordinarios de justicia- por los competentes juzgados de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal;

3°. Que los delitos graves ameritan la imposición de mayores penas, pero no la observancia de menores derechos procesales. El "máximo rigor de la ley" con que se les quiere perseguir, convoca la aplicación del Código Penal en plenitud; pero no el relajamiento de las garantías constitucionales -universales a esta altura- que debería satisfacer ese Código de enjuiciamiento criminal del año 1906.

Confundir el incurso con el transgresor, en suma, es lo que posibilitan hacer las normas señaladas del Código de Procedimiento Penal, lo que explica lo inconstitucionalidad.

### **PREVENCIONES**

**La Ministra señora María Luisa Brahm Barril (Presidenta) previene que concurre a la decisión adoptada por la sentencia, pero sin compartir el considerando trigésimo noveno del fallo.**

**Se previene que el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar concurre a la decisión adoptada por la sentencia, pero que no comparte los considerandos octavo, noveno, décimo, vigésimo segundo y trigésimo noveno en la parte que expresa "en relación con los siguientes derechos convencionales (artículos 8.1, 8.2**



000173

CIENTO SETENTA Y TRES

letras b), c), f) y g) y 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica y a los artículos 14.1 y 14.2 letras b), d), e) y g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.", y además considera lo siguiente:

1°. Que, es necesario tener presente lo dispuesto en el artículo 19 N°3, inciso sexto de la Carta Fundamental, que impone la obligación al legislador de establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos. En este sentido, esta Magistratura ha entendido estas garantías como el derecho al debido proceso, que requiere el cumplimiento de exigencias o estándares básicos, de manera que, los intervinientes cuenten con todos los elementos necesarios para satisfacer sus pretensiones jurídicas, dentro de los márgenes de un Estado de Derecho. En concreto, se traduce en el derecho a la acción para una parte, y el derecho a defensa para la otra, y así alcanzar una plena aplicación de la reseñada institución;

2°. Que, el avance del derecho procesal en relación con las garantías constitucionales, particularmente con el debido proceso, ha hecho que la justicia material encuentre asidero en todo proceso, con mayor énfasis en la justicia penal. De esta forma lo ha expresado el jurista italiano Vittorio Denti "la estricta unión entre el derecho sustancial y el derecho procesal tiene envuelto el moderno rol de garantía del juez, el principio que mejor expresa este rol es el del debido proceso que trasciende la garantía meramente procesal y reviste la tutela también sobre el plano sustancial de los derechos constitucionalmente garantizados" (Denti, Vittorio "El Rol del Juez en el Proceso Civil de Antiguas y Nuevas Garantías" en Revisa de Derecho Procesal Civil, Milán, 1984, p.731);

Redactó la sentencia el Ministro señor Gonzalo García Pino; la disidencia el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado; y las prevenciones la Ministra señora María Luisa Brahm Barril (Presidenta) y el Ministro señor Cristián Letelier Aguilar, respectivamente.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 6761-19-INA

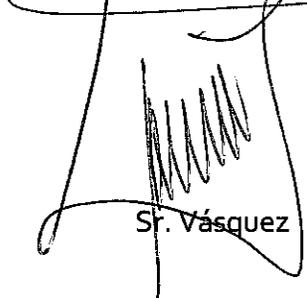
Sr. García

Sra. Brahm

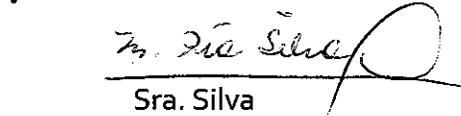
Sr. Hernández



  
Sr. Letelier

  
Sr. Vásquez

  
Sr. Pozo

  
Sra. Silva

  
Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato y señor Miguel Ángel Fernández González.

Se certifica que los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Juan José Romero Guzmán concurren al acuerdo pero no suscriben por encontrarse haciendo uso de feriado legal y con permiso administrativo, respectivamente.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

